



### II.5.2.3. La restriction doit être nécessaire dans une société démocratique

- 121.** Pour les raisons qui ont été exposées 2/248, une restriction peut être légitime dans un Etat-membre, alors même qu'elle est contraire aux principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques. Cette possibilité, qui est loin d'être théorique, met en lumière l'importance du troisième paramètre : la restriction doit être nécessaire dans une société démocratique.

Ceci étant précisé, ni la Convention, ni la jurisprudence de la Cour EDH se prononcent sur les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques. Il faut se contenter de brides d'informations, éparpillées dans la Convention et dans la jurisprudence de la Cour EDH.

Il se déduit ainsi de la Convention que les droits et libertés, accordés aux personnes qui se trouvent sous l'autorité des Etats-membres, sont nécessaires dans une société démocratique. La Convention ne le dit pas expressément, mais il ne fait aucun doute que des droits et libertés théoriques ne suffisent pas. Ils doivent être effectifs et efficaces par leur exercice. 2/249

La Cour EDH souligne, pour sa part, que la démocratie est le seul régime politique que la Convention prend en considération (dans son préambule) et qu'elle seule est compatible avec la Convention. 2/250 Elle qualifie la démocratie 2/251 d'ordre public européen. Ce régime politique s'impose dès lors aux Etats-membres. 2/252

Chaque personne qui se trouve sous l'autorité d'un Etat-membre dispose des droits et libertés qu'elle doit pouvoir exercer comme le font les autres personnes qui se trouvent sous l'autorité du même Etat-membre. La démocratie s'oppose ainsi aux privilèges et aux discriminations.

La généralité 2/253 des droits et libertés, réalisés et limités par les Etats-membres, donne aux titulaires la possibilité de prendre soin de leurs besoins et valeurs essentielles, de donner à leur vie le sens de leur choix, dans des conditions de vie les meilleures possible et dès lors comparables à celles des autres titulaires.

---

2/248 Des règles de droit qui datent du 19<sup>ème</sup> siècle et qui ont été renforcées entretemps, trouvent leur origine dans des régimes politiques qui n'étaient pas démocratiques.

2/249 Voy notamment : Cour EDH 8 novembre 2016, Magyar Helsinki Bizottság/Hongrie, § 155.

2/250 Voy Cour EDH 2 mars 1987, Mahieu-Mohen et Clerfayt/Belgique ; Cour EDH 30 janvier 1998, Parti communiste unifié de Turquie/Turquie, §§ 43-45.

2/251 Qualification qui s'étend forcément aux droits et libertés, accordés par la Convention.

2/252 Notamment: la Cour EDH 16 mars 2006, Zdanoka/Lettonie, §§ 98-104 ; Cour EDH 17 mai 2016, Karácsony/Hongrie, § 141.

2/253 Qui doit subsister malgré les restrictions que les législateurs imposent.

- 122.** Des informations précieuses sur ce qui est nécessaire dans une société démocratique sont aussi à déduire de l'objet des droits et libertés, accordés par la Convention et précisés par la Cour EDH.

La sécurité (les articles 2 à 6) fait l'objet d'une jurisprudence abondante. La Cour est particulièrement attentive à la protection – par les Etats-membres – de la sécurité des personnes faibles, vulnérables ou fragilisées (enfants, malades, handicapés, étrangers, prisonniers...). 2/254

Par des obligations négatives (ou, le cas échéant, positives), elle protège l'exercice des droits et libertés qui garantissent leur sécurité.

La Cour surveille également de près le lien qui existe entre la sécurité et la santé (article 2 PPA) confirmant ainsi que la santé se trouve en (grand) danger quand la sécurité est défaillante. 2/255

Elle sanctionne les Etats-membres qui par un manque de soins portent atteinte à la santé et à la sécurité d'un titulaire. 2/256

La Cour souligne que l'enseignement fait partie des services publics les plus essentiels. 2/257 Il incombe aux Etats-membres de l'organiser. Ils ne peuvent pas entièrement déléguer cette organisation à des instances privées, qui, par leur nature, ne présentent pas la même ouverture au pluralisme, qui caractérise la démocratie. 2/258

Reconnaissant aux Etats-membres une marge importante d'appréciation dans l'organisation de l'enseignement et de son financement, la Cour examine de près les conditions d'accès à l'enseignement. 2/259

L'enseignement détermine en effet non seulement le développement personnel de chaque titulaire 2/260, mais aussi son intégration sociale et professionnelle dans la société démocratique. 2/261

---

2/254 Voy. à ce sujet : T. TULKENS, *Pour les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : bilan, questions, critiques et défis*, Rev. Trim. Dr.h, 2014, 344-346 ; voy. à titre d'exemple : Cour EDH 1<sup>er</sup> février 2018, Hadzhieva/Bulgarie ; Cour EDH 17 juillet 2014, Valentin Campeanu/Roumanie.

2/255 Voy. (sans distinction entre obligations négatives ou positives) : Cour EDH 19 décembre 2017, Lopes de Sausa Fernandes/Portugal, §§ 162-163 ; Cour EDH 17 juillet 2014, Valentin Campeanu/Roumanie, §§ 130-131 ; Cour EDH 9 avril 2013, Sentürk/Turquie, §§ 79-83.

2/256 Voy. Cour EDH 30 juin 2015, Khoroshenko/Russie, § 140 ; Cour EDH 9 avril 2013, Sentürk/Turquie, §§ 84-97.

2/257 Voy Cour EDH 21 juin 2016, Panomaryovi/Royaume Uni, § 55.

2/258 Cour EDH 25 mars 1993, Costello-Roberts/ Royaume Uni, § 27.

2/259 Cour EDH 21 juin 2016, Panomaryovi/Bulgarie, §§ 48-63.

2/260 Il ouvre l'esprit et le corps au contact paisible et instructif avec les autres (voy A. BAILLEUX, *Le droit en transition. La science juridique face aux défis d'une propriété sans croissance*, in "*Le droit en transition*", (éd. A. BAILLEUX), Limal, Anthemis, 2020, 16-18).

2/261 Cour EDH 21 juin 2016, Panomaryovi/Bulgarie, § 55.

Les droits et libertés qui organisent la libre disposition (l'épanouissement personnel) occupent une place importante dans la Convention (articles 5, 8 à 11) et dans la jurisprudence de la Cour.

La Cour décide toutefois que les Etats-membres n'ont pas à tolérer des appels à la violence, à la haine ou à l'intolérance. Elle admet qu'ils réagissent quand ils sont confrontés à des actes de violence ou d'intolérance par des personnes qui se servent de leur liberté d'expression ou de leur droit à la vie privée.

Elle accepte aussi les restrictions qui visent des actes et des comportements dont l'objectif est le renversement, même à terme, du régime démocratique ou la privation de certaines catégories de personnes de leurs droits et libertés. 2/262

- 123.** Malgré ces brides d'informations, le brouillard voile les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques et leur place dans la jurisprudence de la Cour.

Parfois, la Cour relève qu'une restriction, imposée par un Etat-membre, (n')est (pas) nécessaire dans une société démocratique au motif qu'elle (ne) répond (pas) à un besoin social impérieux ou qu'elle (ne) se fonde (pas) sur des considérations pertinentes et suffisantes du législateur ou des autorités publiques.2/263

Ces termes démontrent que la Cour procède à une mise en balance et à une pondération des valeurs essentielles entrées en conflit dans la cause dont elle est saisie : d'une part, la valeur essentielle qui constitue l'objet du droit ou de la liberté qui subit la restriction et, d'autre part, la valeur essentielle que l'Etat-membre veut protéger par la restriction litigieuse. Par son arbitrage la Cour désigne la valeur essentielle qui l'emporte en l'espèce.

La mise en balance de valeurs essentielles 2/264, leur pondération et l'arbitrage de la Cour confirment que l'exercice d'un droit ou d'une liberté n'est en principe pas illimité ou absolu 2/265 et que le sort des restrictions, que les Etats-membres imposent à l'exercice des droits et libertés, dépend in fine de la décision de la Cour EDH.

Mais comment la Cour procède-t-elle ? En fonction de quel critère décide-t-elle qu'une restriction est nécessaire dans une société démocratique et qu'une autre ne l'est pas ?

---

2/262 Notamment : Cour EDH 15 octobre 2015, Kudrevicius/Lituanie, § 145 ; Cour EDH 17 mai 2016, Karácsony/Hongrie, § 140 ; Cour EDH 11 juin 2020, Baldassi et autres/France, §§ 78-79 ; Cour EDH 8 octobre 2021, Agoub et autres/France, §§ 84-101.

2/263 Notamment: Cour EDH 18 janvier 2018, FNASS/France, § 167 ; Cour EDH 30 janvier 2018, Sekmadienis/Lituanie, §§ 71-72.

2/264 Qui adoptent la forme d'un droit ou liberté, accordé(e) par la Convention.

2/265 Voy supra nos 31-41.

Comme la Cour constitutionnelle 2/266, la Cour insiste sur l'importance des circonstances d'espèce. Les faits guideraient la mise en balance, la pondération et l'arbitrage entre les valeurs essentielles qui s'opposent.

Beaucoup plus loin la Cour ne pousse pas l'explication. Les raisons qui, eu égard aux circonstances, conduisent à une décision dans un sens plutôt que dans un autre ne transpire pas. Le lien entre les circonstances et la décision de la Cour reste son secret.

Exceptionnellement la Cour "précise" que la restriction (ne) touche (pas) au noyau dur du droit ou de la liberté concerné(e). 2/267 Mais même dans ce cas, la Cour ne dévoile pas le critère, accessible et précis, qui permet de savoir où commence et/ou s'arrête le noyau dur des droits et libertés.

Elle se réfère aussi à la marge d'appréciation qu'elle reconnaît, en fonction des circonstances, aux Etats-membres quand ils arrêtent une mesure restrictive, estimée nécessaire dans une société démocratique.

Quand plusieurs Etats-membres appliquent la même restriction, la Cour semble tentée d'admettre qu'elle est nécessaire dans une société démocratique. Si la restriction litigieuse fait bande à part, elle court au contraire le risque de s'écarter de la marge d'appréciation, que la Cour concède aux Etats-membres, ce qui conduit à sa sanction.

Quand les Etats-membres appliquent des restrictions disparates, la marge d'appréciation, que la Cour leur accorde, est généralement plus large.2/268

- 124.** Une Cour qui attend des Etats-membres qu'ils procèdent avec des règles de droit accessibles et précises lorsqu'ils restreignent l'exercice d'un droit ou d'une liberté, ne devrait-elle pas préciser 2/269 pour quelles raisons elle considère qu'une restriction, (n') est (pas) nécessaire dans une société démocratique ?

Cette attente n'est-elle pas légitime ? 2/270

---

2/266 Voy supra nos 97-99 et 110.

2/267 Notamment en matière de liberté d'expression : Cour EDH 30 janvier 2018, Sekmadienis/Lituanie, §§ 70-83 ; Cour EDH 23 avril 2015, Morice/France, § 124 ; Cour EDH 15 octobre 2015, Kudrevicius/lituanie, § 145 ; Cour EDH 22 avril 2012, Animal Defenders International/Royaume Uni, § 100 ; Cour EDH 10 décembre 2007, Stoll/Suisse, § 101 ; en matière de vie privée : Cour EDH 4 décembre 2015, Zakharov/Russie, § 233 ; Cour EDH 18 janvier 2018, FNASS/France; en matière de liberté de religion : Cour EDH 1<sup>er</sup> juillet 2014, SAS/France, § 128 ; en matière de droits procéduraux : Cour EDH 15 octobre 2020, Muhammed et Muhammed/ Roumanie, § 134.

2/268 Notamment Cour EDH 15 novembre 2016, Dubska et Krejzová/Tschie, § 178 ; Cour EDH 8 novembre 2016, Magyar Helsinki Bizottság/Hongrie, § 153 ; Cour EDH 30 juin 2015, Koroshenko/Russie, §§ 119-120 ; Cour EDH 23 avril 2015, Morice/France, § 124.

2/269 Dans des décisions qui font jurisprudence et qui deviennent partie de la Convention.

2/270 Et la question s'adresse également à la Cour de justice, à la Cour constitutionnelle, à la Cour de cassation...

Quand elle se réfère aux circonstances ou au noyau dur du droit ou de la liberté, la Cour ne rencontre pas cette attente. Elle répond en fait et de façon polie qu'est nécessaire dans une société démocratique ce qu'elle désigne comme étant nécessaire dans une société démocratique.

Elle fait comprendre qu'elle n'a pas à s'expliquer sur les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, puisque la décision lui appartient. Comme tout argument d'autorité, ce message souffre d'un double handicap : il occulte les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques et il ne permet pas de vérifier si les décisions de la Cour sont "véritablement" démocratiques. La Cour entretient l'opacité, alors qu'elle souligne que la démocratie prône la transparence et l'ouverture d'esprit.

Les marges d'appréciation, que la Cour concède aux Etats-membres, aggravent la situation.

Du simple fait que plusieurs Etats-membres restreignent de manière comparable l'exercice d'un droit ou d'une liberté, il ne peut absolument pas être déduit que la restriction est conforme aux principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques.

La restriction qui est imposée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté en méconnaissance des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques ne se transforme pas en "nécessité démocratique" parce que plusieurs Etats-membres se rejoignent dans cette méconnaissance.

**125.** Comment expliquer que la Cour s'est mise dans cette situation ?

Le problème naît du fait que la Cour décide que la démocratie est d'ordre public européen <sup>2/271</sup>, mais accepte en même temps que les Etats-membres peuvent avoir des conceptions différentes de la démocratie, dues à leur évolution historique, leur diversité culturelle et leur pensée politique. <sup>2/272</sup>

Cette affirmation n'est pas compatible avec la Convention et son préambule qui obligent les Etats-membres d'œuvrer dans un sens unique, celui des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement (véritablement) démocratiques, qui ne se trouvent pas à la disposition des Etats-membres.

La Convention est un acte politique fort des Etats-membres, qui accordent aux personnes qui se trouvent sous leur autorité, (l'exercice) des droits et libertés qu'ils ont l'obligation (conventionnelle) de réaliser et de limiter dans le respect de la véritable démocratie. <sup>2/273</sup>

---

<sup>2/271</sup> Notamment Cour EDH 16 mars 2006, Zdanoka/Lettonie, §§ 98-104 ; Cour EDH 17 mai 2016, Karácsony/Hongrie, § 141.

<sup>2/272</sup> Cour EDH 6 octobre 2005, Hirst/Royaume Uni.

<sup>2/273</sup> O. BAILLET, La notion d'ordre public économique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in "L'ordre public économique" (éd. A. LAGET-ANNAMAYER), Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2018, 201-228.

La finalité démocratique <sup>2/274</sup> se trouve en toutes lettres dans la Convention : il suffit de lire ce qu'elle énonce. Elle oblige les Etats-membres à garantir à l'ensemble des titulaires, qu'ils soient forts, fortunés, faibles, fragilisés, vulnérables..., l'exercice de leurs droits et libertés, de sorte que tous bénéficient des meilleures conditions de vie possible.

Les Etats-membres procèdent à la réalisation et à la limitation de l'exercice des droits et libertés en fonction de cet objectif, aussi bien verticalement, qu'horizontalement. <sup>2/275</sup>

Se servant de leur pouvoir politique, ils doivent protéger les faibles, les fragilisés, les vulnérables et contrôler les ardeurs des plus forts et des plus fortunés.

En aucun cas, l'histoire, la diversité culturelle ou idéologique ( ?) des Etats-membres leur permet de s'éloigner des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques qui, de toute façon, n'ont vu le jour qu'au milieu du 20<sup>ème</sup> siècle !

Il n'existe qu'une seule démocratie qui est la même pour tous les Etats-membres, ce qui est confirmé par la Convention.

**126.** La Cour montre la même réticence quand il s'agit des règles de fonctionnement démocratiques.

Il est vrai que l'article 3 PPA semble laisser la porte ouverte lorsqu'il dispose que les Etats-membres organisent à des intervalles raisonnables des élections libres au scrutin secret dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. Lu à la lumière des principes et de la finalité démocratiques, il saute cependant aux yeux que la réalisation de ces principes et de cette finalité dépend d'un corps législatif, qui doit représenter l'opinion du peuple.

Des élections "libres" au scrutin secret ne sont la "libre" expression de l'opinion du peuple que quand "le peuple" participe effectivement aux élections et que les électeurs sont éligibles.

Les Etats-membres ne respectent pas l'article 3 PPA, le droit de vote et d'éligibilité de leurs ressortissants quand ils laissent aux électeurs le choix de participer aux élections ou quand ils subordonnent l'exercice du droit de vote ou d'éligibilité à des conditions qui éloignent le peuple du scrutin ou qui font obstacle à la candidature ou au vote de certaines catégories de personnes.

Si la légitimité démocratique est importante, pourquoi est-il si difficile d'admettre que l'opinion du peuple n'est pas démocratiquement exprimée par des élections auxquelles ne participe qu'une partie (parfois même minoritaire) du peuple ou des électeurs ?

---

<sup>2/274</sup> Qui anime les principes et règles de fonctionnement démocratiques.

<sup>2/275</sup> Sur cette distinction voy supra n° 111.

La Cour nie cette évidence : elle admet au contraire que les Etats-membres peuvent avoir des conceptions différentes de la démocratie <sup>2/276</sup> qui conduisent notamment à des systèmes électoraux différents, impliquant le vote libre et des restrictions à l'exercice du droit de vote et/ou d'éligibilité. <sup>2/277</sup> Elle leur accorde une marge d'appréciation qui, prétend-elle, n'affecterait cependant pas "l'intégrité et l'efficacité des élections", les règles en matière de vote et/ou d'éligibilité devant rester compatibles avec le principe de la prééminence du droit et les objectifs généraux de la Convention dans les circonstances particulières de chaque affaire.<sup>2/278</sup>

Avec autant de "précautions", chaque Etat-membre se sent évidemment libre de faire tout ce que lui plait en matière de vote universel, unique et obligatoire, même au détriment des règles de fonctionnement démocratiques et des objectifs généraux de la Convention.

#### II.5.2.4. La restriction doit être pertinente et proportionnelle

- 127.** Annoncée par les articles 17 et 18 Convention <sup>2/279</sup>, la Cour EDH exige que la restriction imposée par une règle de droit suffisamment accessible et précise, qui poursuit un objectif qui est à la fois légitime et nécessaire dans une société démocratique, doit en outre être pertinente et proportionnelle.

Elle l'estime pertinente quand la mesure restrictive atteint l'objectif légitime et nécessaire dans une société démocratique, que l'Etat-membre poursuit.

Quand la Cour considère que l'Etat-membre n'établit pas que la restriction lui permet d'atteindre l'objectif légitime et nécessaire dans une société démocratique, elle la déclare non-pertinente.

Même pertinente, la Cour examine si l'Etat-membre ne pouvait pas atteindre l'objectif poursuivi à l'aide d'une restriction (pertinente) qui est moins contraignante pour le titulaire concerné. Elle décide dans cette hypothèse que la mesure restrictive est disproportionnelle.

La pertinence et la proportionnalité mesurent l'adéquation qui existe entre l'objectif (légitime et nécessaire dans une société démocratique) poursuivi par le législateur (l'Etat-membre) et la restriction qu'il a mis en œuvre.

Dans la logique de son contrôle, la Cour aborde la pertinence et la proportionnalité de la restriction en dernier lieu, même si elle passe souvent

---

<sup>2/276</sup> Dues à leur évolution historique, à leur diversité culturelle et à leur pensée politique ( ?).

<sup>2/277</sup> Cour EDH 6 octobre 2005, Hirst / Royaume Uni.

<sup>2/278</sup> Notamment : Cour EDH 16 mars 2006, Zdanoka/Lettonie, § 104.

<sup>2/279</sup> Voy supra n°84.



(très) rapidement sur les trois premiers paramètres et qu'elle a, au contraire, pris l'habitude de consacrer de longs développements à la pertinence et/ou à la proportionnalité de la mesure litigieuse.

La pertinence et la proportionnalité prennent en effet de plus en plus de place dans les décisions de la Cour. Elles sont devenues le paramètre le plus important, réduisant les autres paramètres au rôle de simples figurants.

Le quatrième paramètre a en outre changé de nature. Il ne mesure plus l'adéquation entre la restriction imposée et l'objectif poursuivi par un Etat-membre, dont la Cour aurait reconnu le caractère légitime et nécessaire dans une société démocratique.

La pertinence et la proportionnalité sont devenus des instruments dont la Cour se sert pour se prononcer sur les actions et politiques d'un Etat-membre qui ont conduit à la restriction litigieuse.

La pertinence et la proportionnalité véhiculent les opinions et les préférences de la majorité des magistrats qui constituent la (chambre saisie de la) Cour.

L'Etat-membre (son législateur) qui impose une restriction à l'exercice d'un droit ou d'une liberté aura, en principe, vérifié non seulement sa légitimité et sa nécessité dans une société démocratique, mais aussi l'existence d'une adéquation entre la mesure et l'objectif qu'il poursuit.

Sous le couvert de l'appréciation de la pertinence et/ou de la proportionnalité de la restriction, la Cour EDH revoit au fond l'appréciation de l'Etat-membre. Elle statue ainsi sur la légitimité (étatique) de la restriction, sur sa nécessité dans une société démocratique et sur l'adéquation avec l'objectif poursuivi. Son appréciation de l'ensemble de ces éléments fait qu'elle déclare que la restriction (n') est (pas) pertinente et/ou proportionnelle. La pertinence et la proportionnalité deviennent ainsi des notions autonomes.

- 128.** La Cour ne se prononce pas sur le lien qui devrait exister entre la pertinence et la proportionnalité, d'une part, et les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, d'autre part. Elle ne vérifie pas si son appréciation de la pertinence et/ou de la proportionnalité est ou non conforme aux principes, à la finalité et aux règles de fonctionnement démocratiques.

La Cour a beau dire qu'elle se laisse guider par la finalité de la Convention qui appelle "à comprendre et à appliquer ses dispositions d'une manière qui rende les exigences concrètes et effectives et non théoriques et illusoires" 2/<sup>280</sup> ou encore qu'elle protège le noyau dur des droits et de libertés.

---

2/<sup>280</sup> Notamment Cour EDH 8 novembre 2016, Magyar Helsinki Bizottság/Hongrie, § 155 ; Cour EDH 17 juillet 2014, Valentin Cămpăneanu/Roumanie, § 105.

Ces considérations (théoriques) ne justifient pas qu'elle remplace, d'autorité, l'appréciation d'un Etat-membre (par hypothèse, un législateur démocratique) par son appréciation personnelle 2/281 au motif qu'elle a une meilleure compréhension de ce qui est pertinent ou proportionnel en l'espèce.

Si la Cour ne parvient déjà pas à s'exprimer, de façon accessible et précise, sur la légitimité de la restriction 2/282 et sur sa nécessité dans une société démocratique 2/283, ce qui donnerait par ailleurs à l'Etat-membre l'occasion de se défendre en connaissance de cause, il y a peu de chances qu'elle se laisse guider par les principes, finalité et règles de fonctionnement véritablement démocratiques quand elle s'exprime sur la pertinence et la proportionnalité d'une restriction. Sa jurisprudence ne donne par ailleurs aucune garantie concrète à ce sujet.

La conclusion déplaira certes à la Cour, mais il ne saurait être admis de plano que son appréciation personnelle de la pertinence ou de la proportionnalité d'une restriction est nécessairement conforme aux principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques au motif qu'elle en est l'auteur. Cette confusion entre le formel et la substance ne saurait être admise.

La pertinence et la proportionnalité doivent rester ce qu'elles sont : un contrôle de l'adéquation qui doit exister entre, d'une part, la restriction imposée et, d'autre part, l'objectif légitime et nécessaire dans une société démocratique, que le législateur national poursuit.

### II.5.3. L'obligation positive

#### **129.** Les Etats-membres répondent des actes et des comportements de leurs organes, représentants et auxiliaires.

La restriction que ces derniers imposent à tort à l'exercice d'un droit ou d'une liberté quand elle ne résulte pas d'une règle juridique accessible et précise, quand elle n'est pas légitime et nécessaire dans une société démocratique et/ou quand elle manque de pertinence et/ou de proportionnalité est imputable à l'Etat-membre qui, par leur fait ou intervention, aura violé une obligation négative imposée par la Convention.2/284

Les Etats-membres, leurs organes, leurs représentants et leurs auxiliaires ne sont évidemment pas les seuls à méconnaître les droits et libertés des "autres".

---

2/281 Par ailleurs tributaire d'une multitude de circonstances particulières que la Cour ne contrôle pas.

2/282 Voy supra nos 118-120.

2/283 Voy supra nos 121-126.

2/284 Par exemple : Cour EDH 15 novembre 2016, Dubska et Krejzová/Tsjechie, §§ 178-183 ; Cour EDH 18 janvier 2018, FNASS/France, §§ 178-191 ; Cour EDH 30 janvier 2018, Sekmadienis/Lituanie, § 70-83 ; Cour EDH 30 juin 2015, Kososhenko/Russie, §§ 135-136.

Les violations sont monnaie courante dans les relations horizontales qui s'établissent entre les titulaires des droits et libertés.

Indirectement, les Etats-membres répondent aussi de leurs actes et comportements, quand ils sont contraires à la Convention.

Lorsqu'ils sont appelés à intervenir d'une façon ou d'une autre <sup>2/285</sup> dans les relations horizontales, ils doivent en effet veiller au respect de la Convention.

A défaut, ils méconnaissent leurs obligations (négatives) qui découlent de la Convention.

La Cour en déduit que la Convention entraîne pour les Etats-membres l'obligation de prendre les mesures appropriées, à déterminer en fonction des circonstances, qui protègent l'exercice des droits et libertés des personnes qui se trouvent sous leur autorité.

L'absence de mesures appropriées et la méconnaissance consécutive d'un droit ou d'une liberté dans le cadre d'une relation horizontale, peuvent être imputées à l'Etat-membre. La Cour conclut, dans ce cas, à la méconnaissance d'une obligation positive.

Cette doctrine se manifeste plus particulièrement en cas d'atteinte à la santé et/ou à la sécurité.<sup>2/286</sup>

- 130.** Il ne peut être déduit de cette jurisprudence que les Etats-membres doivent à tout moment et en toutes circonstances neutraliser, par des mesures appropriées, toutes les atteintes aux droits et libertés par l'ensemble des personnes qui se trouvent sous leur autorité. Les obligations positives ne sont pas des obligations de résultat ou de sécurité.<sup>2/287</sup>

La Cour souligne (à nouveau) que son appréciation est déterminée au cas par cas, par les circonstances dont elle prend connaissance.

Lorsque l'Etat-membre est au courant <sup>2/288</sup> d'une situation qui se produit dans des relations horizontales, qui porte atteinte aux droits et libertés d'une ou de plusieurs personnes et a failli y remédier, sa connaissance de la situation et la

---

<sup>2/285</sup> Par notamment dans le cadre d'un litige, d'une autorisation administrative, d'un contrôle policier.

<sup>2/286</sup> Par exemple : Cour EDH 17 juillet 2014, Valentin Câmpeanu/Roumanie, §§ 130-132 (décès d'un jeune garçon, mentalement handicapé, atteint du SIDA, "placé" dans une prison qui n'était pas en mesure de prodiguer les soins médicaux appropriés) ; Cour EDH 9 avril 2013, Sentürk/Turquie, §§ 79-106 (décès d'une femme enceinte, refusée à l'admission par plusieurs services hospitaliers d'urgence au motif qu'elle n'était pas en mesure de financer d'avance les coûts de l'admission et des soins).

<sup>2/287</sup> Voy. M. AFROUKH, loc.cit., 70-71, A. SCHAHMANECHE, La combinaison des critères du mode de conflit et l'objet, in F. Sudre (éd.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, 101-109 ; H. SURREL, La détermination prétorienne du cadre d'examen des conflits de droit, in F. Sudre (éd.), op.cit., 171-174.

<sup>2/288</sup> Ou se trouvait à l'origine de la situation qui a entraîné la méconnaissance d'un droit ou d'une liberté.

prévisibilité de l'atteinte conduisent la Cour à la conclusion qu'il a méconnu une obligation positive dont le respect s'imposait.<sup>2/289</sup>

Les causes de justification d'une restriction sont comparables qu'il s'agisse, dans l'analyse de la Cour, d'une obligation négative ou positive. <sup>2/290</sup> L'obligation positive n'est en effet pas fondamentalement différente de l'obligation négative. Un ordre comporte nécessairement des interdictions ; une interdiction implique l'ordre de s'abstenir.

L'Etat-membre justifiera dès lors son inaction éventuelle en démontrant qu'elle était (est) légitime, nécessaire dans une société démocratique, pertinente et proportionnelle dans les circonstances d'espèce.

L'obligation positive met davantage en lumière que la Cour contrôle et, le cas échéant, remplace l'appréciation de l'Etat-membre par sa propre conception de ce qu'il convenait de faire ou de ne pas faire dans les circonstances qui se sont produites.<sup>2/291</sup>

Quand la Cour conclut à la méconnaissance d'une obligation positive, notamment face au décès d'un jeune garçon, mentalement handicapé et atteint par le SIDA, "placé", faute de mieux, dans une prison qui n'était pas en mesure de prodiguer les soins exigés par son état <sup>2/292</sup>, elle fait savoir à l'Etat-membre qu'il doit revoir l'organisation, le fonctionnement et le financement de son système hospitalier et carcéral.

Comme le démontrent d'autres décisions, la Cour est – évidemment – consciente des implications, notamment financières et budgétaires, de ses arrêts. <sup>2/293</sup> Elle ne devrait toutefois pas se satisfaire de son autorité, mais, au contraire, justifier sa décision par des raisons (accessibles et précises) qui font le lien avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, qui sont les seuls instruments permettant à la Cour de discipliner l'exercice du pouvoir politique par les Etats-membres.

---

<sup>2/289</sup> Par exemple Cour EDH 19 décembre 2017, Lopes de Sausa Fernandes / Portugal, §§ 162-205 et 214-239.

<sup>2/290</sup> Notamment : Cour EDH 15 novembre 2016, Dubska et Krejzová/Tsjechie, § 165 ; voy. aussi O. Martelly, L'indifférenciation progressive dans le choix des outils de résolution des conflits de droit, in F. Sudre (éd.), op.cit., 204 et seq.

<sup>2/291</sup> Ce qu'elle fait par son appréciation de la pertinence et/ou de la proportionnalité de la mesure restrictive, quand elle examine la cause sous l'angle d'une obligation négative ; voy supra nos 127-128.

<sup>2/292</sup> Cour EDH 17 juillet 2014, Valentin Cămpeanu/Roumanie.

<sup>2/293</sup> Cour EDH 15 novembre 2016, Dubska et Krejzová/Tsjechie, § 182 : "En outre des considérations générales de politique sociale et économique entrent en jeu, notamment l'affectation de moyens financiers, dès lors qu'il peut s'avérer nécessaire de retirer des ressources budgétaires du système général des maternités pour les consacrer à la mise en place d'un cadre pour l'accouchement à domicile".

Le nombre et la qualité des services publics <sup>2/294</sup>, organisés par les Etats-membres, existent en fonction des moyens financiers dont ils disposent.

Riches ou pauvres <sup>2/295</sup>, leurs moyens financiers sont limités, mais ils disposent du pouvoir politique qui leur donne la possibilité d'obtenir des moyens plus importants par le recours à la fiscalité ou à l'endettement public, ce dont la Cour devrait tenir compte.

Quand un Etat-membre destine des moyens financiers à certaines activités privatisées ou décide de privilégier fiscalement une ou plusieurs catégories de personnes, il prive ses services publics de ces moyens et d'autres titulaires des meilleures conditions de vie possible.

Ces choix appartiennent certes, en premier lieu, aux Etats-membres, présumés démocratiques. Ils interviennent toutefois sous réserve de leur conformité avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques que la Convention consacre. La Cour devrait dès lors éproucher ces actions et décisions politiques et expliquer pour quelles raisons, accessibles et précises, elles (ne) sont (pas) compatibles avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, qui s'imposent de la même façon à tous les Etats-membres.

#### II.5.4. Deuxième conclusion

- 131.** Le préambule de la Convention est limpide : les Etats-membres visent "essentiellement (...) un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, (...) une conception commune et commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament".

Ils n'ont pas visé un semblant de démocratie ou des droits et libertés théoriques, mais un "régime politique véritablement démocratique", c'est-à-dire un vivre ensemble sous le contrôle politique du peuple ("demos") qui se sert du pouvoir politique afin d'améliorer, sans discrimination, les conditions de vie de chacun.

Les droits et libertés, consacrés par la Convention sont la cause, l'objet et les instruments de la véritable démocratie. Réalisés et limités par les Etats-membres, ils sont mis à la disposition de leurs titulaires qui les exercent à leur gré. Par l'exercice de leurs droits et libertés, réalisés et limités par les législateurs, leurs titulaires ont accès aux meilleures conditions de vie possible.

---

<sup>2/294</sup> Qui réalisent et limitent l'exercice des droits et libertés dont dépendent la sécurité, la santé, l'enseignement et la libre disposition (l'épanouissement) de chaque titulaire (ses conditions de vie).

<sup>2/295</sup> Même les Etats-membres les plus riches ne font, en règle, pas partie des plus fortunés (voy T. Piketty, *Le capital au XXIème siècle*, Paris, Seuil, 2014, 198-313).

Cet objectif, qui constitue la finalité démocratique, implique que les conditions de vie des titulaires doivent être et rester comparables.

Passé le moment de l'enthousiasme initial des Etats-membres, la Cour EDH pouvait et devait reprendre le flambeau.

Au lieu d'élaborer les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, elle s'est malheureusement montrée frileuse, hésitante, devenant hétérogène et autoritaire.

Elle ne les a donc pas élaborés ou développés, ce que le vivre ensemble démocratique paie "cash".

La place qui devrait revenir auxdits principes, finalité et règles de fonctionnement dans l'exercice par les Etats-membres de leur pouvoir politique, est de fait occupé par des slogans – sans valeur ajoutée –, qui ajoutent de l'ambiguïté à la passivité.

La Cour croit bien faire en soulignant que le pluralisme, la tolérance, l'ouverture d'esprit, le dialogue, l'esprit de compromis... caractérisent la démocratie. <sup>2/296</sup> Ou encore qu'il faut parfois subordonner les intérêts de l'individu à ceux du groupe et que la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité, mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante. <sup>2/297</sup>

Le pluralisme, la tolérance, l'ouverture d'esprit, le dialogue, l'esprit de compromis... ne sont pas les caractéristiques de la démocratie, mais tout au plus les conséquences de la (véritable) démocratie, dont l'identité se construit à partir de ses principes, de sa finalité et de ses règles de fonctionnement.

D'autres régimes politiques sont par ailleurs capables de simuler le pluralisme, la tolérance, l'ouverture d'esprit, le dialogue, l'esprit de compromis... à des degrés différents. La démocratie aurait tort de l'oublier.

Elle se distingue des autres régimes politiques par la suprématie reconnue à la volonté du peuple, exprimée conformément aux principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques. Il est dès lors fortement réducteur de prétendre que la démocratie commande un équilibre (?) qui assure aux individus minoritaires (?) un traitement juste (?) qui évite tout abus (?) de position dominante (?). L'ambiguïté de l'affirmation fait froid dans le dos.

---

<sup>2/296</sup> Par exemple : Cour EDH 30 janvier 1998, Parti communiste unifié de Turquie/Turquie, §§ 43-44 ; Cour EDH 30 janvier 2018, Sekmadienis/Lituanie § 70-83 ; Cour EDH 15 octobre 2015, Kudrevicius/Lituanie, §§ 145 ; Cour EDH 23 avril 2015, Morice/France, § 124.

<sup>2/297</sup> Par exemple : Cour EDH 17 mai 2016, Karácsony/Hongrie, § 141.

Les principes, la finalité et les règles de fonctionnement (véritablement) démocratiques conduisent au contraire à un ensemble de pouvoirs et de contre-pouvoirs qui garantissent et doivent garantir à l'ensemble des titulaires les mêmes possibilités d'exercice de leurs droits et libertés, réalisés et limités par les Etats-membres, que ces titulaires fassent partie de la majorité politique qui exerce le pouvoir ou d'une minorité.<sup>2/298</sup>

- 132.** Le contrôle du pouvoir politique par le peuple <sup>2/299</sup>, dont les représentants politiques ont l'obligation (constitutionnelle et conventionnelle) d'améliorer, sans discrimination, les conditions de vie de sorte que chaque titulaire des droits et libertés, réalisés et limités, bénéficie des meilleures conditions de vie possible, est la meilleure garantie d'une société démocratique, dont la mise en œuvre conduit au pluralisme, à la tolérance et à l'ouverture d'esprit. Elle préfère le dialogue et le compromis au conflit.

Le rejet de l'autre et de sa différence, l'intolérance, l'isolement, la peur, l'inclinaison au conflit s'estompent quand l'exercice des droits et libertés, qui se trouvent, sans discrimination, à la disposition de tous les titulaires, conduit à des conditions de vie améliorées, les meilleures possible, qui sont dès lors comparables à celles des autres.

Les représentants politiques des électeurs ont les clés en main : le pouvoir politique leur donne la possibilité de réaliser et de limiter l'exercice des droits et libertés et de faire en sorte que leurs titulaires ont accès à des conditions de vie améliorées, les meilleures possible.

Un régime politique, fût-il l'artisan d'une dignité humaine <sup>2/300</sup>, du réalisme, du pluralisme, de la tolérance, de l'ouverture d'esprit, du dialogue, du compromis... n'est pas démocratique quand l'exercice du pouvoir politique n'améliore pas de façon comparable les conditions de vie de toutes les personnes qui se trouvent sous son autorité, mais favorise celles des personnes qui occupent les plus hautes marches sur les échelles des revenus et des patrimoines.<sup>2/301</sup>

Un régime politique qui accepte des conditions de vie différenciées en matière de sécurité, de santé, d'enseignement et d'épanouissement en fonction de la place qu'occupe leur titulaire sur ces échelles, se prétend à tort démocratique.

---

<sup>2/298</sup> La Cour EDH fait partie des contre-pouvoirs.

<sup>2/299</sup> Qui désigne, par des élections périodiques au suffrage universel, unique et obligatoire, les majorités au sein des assemblées législatives (au niveau fédéral, régional, communautaire, provincial, communal ...).

<sup>2/300</sup> Notion – ouverte et vague – que la Cour EDH apprécie, voy par exemple Cour EDH 28 septembre 2015, Bouyid / Belgique, § 87-90 ; Cour EDH 9 juillet 2013, Vintes/Royaume Uni, § 113.

<sup>2/301</sup> Peu importent les "raisons" qui conduisent à cette situation (le système électoral ; une emprise de fait ; une idéologie qui s'écarte des principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques...)

Ces situations démontrent au contraire que les titulaires des droits et libertés ne bénéficient plus des meilleures conditions de vie possible, issues de l'exercice de leurs droits et libertés.

Dans ce cas la – belle – théorie est dépassée par les faits, qui démontrent que les titulaires n'ont pas et n'exercent plus les mêmes droits et libertés.

Les Etats-membres qui tolèrent que l'exercice des droits et libertés, qu'ils réalisent et limitent, aboutit à des conditions de vie qui sont différenciées en fonction de la place que le titulaire occupe sur les échelles des revenus et des richesses, tournent le dos à la démocratie.

Cette évolution, qui s'est pourtant produite depuis les années 1970 dans les Etats-membres prétendument démocratiques, n'a pas ému la Cour EDH.

Malgré ces critiques sévères, la Convention et la Cour EDH restent les meilleures garanties du régime politique véritablement démocratique. 2/<sup>302</sup>

Rien n'empêche par ailleurs à la Cour de reprendre le contrôle, comme le veut la Convention, et de faire comprendre aux Etats-membres par sa jurisprudence que la réalisation et la limitation de l'exercice des droits et libertés doivent aboutir aux meilleures conditions de vie possible pour chaque titulaire, indépendamment de la place 2/<sup>303</sup> qu'il occupe sur les échelles des revenus et des richesses.

Sous le contrôle de la Cour, les Etats-membres devront dès lors revenir à des conditions de vie qui sont comparables pour l'ensemble des personnes qui se trouvent sous leur autorité.

---

2/<sup>302</sup> Avec la Constitution et la Cour constitutionnelle.

2/<sup>303</sup> Qui détermine leurs conditions de vie (sécurité, santé, enseignement, épanouissement personnel).